de vida? ¿Abarca el autor en este tipo de análisis específico el caso de personas arrestadas por la tenencia de estupefacientes?

* * *

BAZTERRICA *
CSJN, *Fallos*, 308:1412

Dictamen del Procurador General

"*Suprema Corte*:

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional concedió a fs. 128 el recurso extraordinario planteado contra la sentencia que condena al inculpado como autor del delito previsto en el art. 6° de la ley 20.771, en tanto se lo funda en la presunta violación de garantías previstas en los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional.

Respecto del agravio relativo al allanamiento ilegal del domicilio del acusado considero que la presentación carece de fundamento, dado que sólo enuncia brevemente el tema sin intentar siquiera rebatir la argumentación de la sentencia.

En cuanto a la pretensa invalidez constitucional del art. 6° de la ley 20.771 los argumentos del recurrente no son sino repetición de aquellos que ya fueron desestimados por esta Corte en los precedentes de *Fallos*, 300:254 y 303:1205 entre otros, y no consiguen a mi juicio conmover los fundamentos entonces dados.

De tal modo pienso que la cuestión planteada no puede resolverse sino con arreglo a la doctrina sentada en dichos precedentes y en otros que siguen su línea argumental, en el sentido de que la tenencia ilegítima de drogas –en el caso marihuana y cocaína–, por los antecedentes y efectos que supone, es conducta que trasciende los límites del derecho a la intimidad, protegido por el art. 19 de la Const. Nacional. Y que, por lo tanto, es lícita toda actividad del Estado tendiente a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de dicha tenencia, excepción hecha de la destinada a un empleo legítimo justificado por la medicina (conf. *Fallos*, 301:673).

Debe repararse en que el delito previsto en el art. 6° de la ley 20.771 es de peligro abstracto, presumido por la norma, sea cual fuere la finalidad de la tenencia, cuya consumación requiere, en el aspecto objetivo, la acreditación de la relación física entre el autor y la droga y, en el subjetivo, la demostración de la voluntad de tenerla a sabiendas de su calidad de tal (conf. la sentencia de este tribunal en la causa M.337, L.XIX, 'Maldonado Gustavo D. s/infracción art. 6°, ley 20.771', del 1° de marzo de 1983).

Es por ello que pudo decirse, en el dictamen que precede al fallo de la Corte en el caso de Ricardo A. Valerio, que si se requiriese la prueba concreta de que la tenencia trasciende la esfera personal para castigarla, se estaría agregando un requisito inexistente que altera el régimen de la ley, con el peligro de que su desinterpretación la torne ineficaz para la consecución de los fines que persigue, tal como se sostuviera en el consid. 8° de la sentencia *in re* 'Colavini'.

Por ello es, también, enteramente razonable que en el recordado dictamen se haya dicho que el límite de autorización para declarar abstractamente punible un comportamiento no está dado por el hecho concreto de su trascendencia de la esfera personal, sino por la relevante posibilidad de que ello ocurra.

* El caso "Capalbo, Alejandro Carlos" fue decidido con fundamentos idénticos.

En el mismo orden de ideas, agregóse en tal oportunidad que, una vez formulado por los poderes políticos –a quienes compete representar la voluntad pública y expresarla por medio de la ley, instrumento que conforma la estructura del orden jurídico: art. 19, Const. Nacional– su juicio acerca de la importancia del peligro que para la salud pública representan las sustancias que ha considerado susceptibles de producir dependencia física o psíquica, no hay razones valederas para declarar constitucionalmente inadmisible la presunción irrefragable de que la tenencia de esas sustancias conlleva peligro a los bienes tutelados.

Enseguida añadióse que una declaración de tal naturaleza sólo sería posible en presencia de un estado de cosas demostrativo de que la presunción legal que está en la base de una incriminación estructurada como de peligro abstracto carece totalmente de razonabilidad, situación que no se configura en el supuesto de que se trata pues, como lo demostrara la Corte en *Fallos*, 300:254 (consids. 12 y 13), la tenencia de estupefacientes en todos los casos posee, por lo menos, la trascendencia que resulta del hecho del tráfico, fenómeno inconcebible si no hubiera tenedores consumidores. Además, ha de computarse la posibilidad, implícita en toda tenencia, de la extensión del hábito por la vía de la imitación o del ejemplo, así como la hipótesis de que el tráfico ilícito se realice a través de la portación de cantidades pequeñas que permitan invocar al tenedor, en caso de ser descubierto, que se trata de estupefacientes para consumo personal. Este último razonamiento fue uno de los que indujo al legislador de 1974 a modificar el texto de la ley hasta entonces vigente.

Estas consideraciones, que hago mías, permiten descartar que la acción que motivara la condena del apelante sea de aquellas que en ningún modo ofenden el orden público ni causan perjuicio, por lo que está excluida del ámbito de reserva protegido por las tantas veces citada cláusula constitucional.

Finalmente, creo necesario puntualizar que está en lo cierto el recurrente cuando afirma que el consumo de drogas es una conducta esencialmente privada, pero ello no es materia controvertida, salvo si se tratara de un uso público, supuesto recogido por la figura agravada del art. 7° de la ley. De lo que se trata es de la tenencia de esa droga, conducta que, como vimos precedentemente, puede poner en peligro la salud pública del mismo modo que la tenencia de armas de guerra o de explosivos es susceptible de hacer lo propio con la seguridad pública.

Por ello, opino que corresponde confirmar la sentencia dictada en todo cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario, y declarar infundada la presentación en cuanto al presunto allanamiento ilegítimo del domicilio". Buenos Aires, 13 de junio de 1985. Juan Octavio Gauna.

Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, 29 de agosto de 1986.

"Vistos los autos: 'Bazterrica, Gustavo M. s/tenencia de estupefacientes'.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, que confirmó la de primera instancia que había condenado a Gustavo M. Bazterrica a la pena de un año de prisión en suspenso, $a 200 de multa y costas, como autor del delito de tenencia de estupefacientes, la defensa dedujo el recurso extraordinario de fs. 112 que fue parcialmente concedido por el *a quo* a fs. 128.

2°) Que, en la parte en que el recurso fue otorgado el apelante sostiene la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, que al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal vulnera el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Const. Nacional.

Escaneado con CamScanner

3º) Que, para sustentar dicho argumento, se expresa que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es una conducta privada que queda al amparo del art. 19 de la Const. Nacional, y que no basta la posibilidad potencial de que ella trascienda de esa esfera para incriminarla, sino que es menester la existencia concreta de peligro para la salud pública. Afirma que, de lo contrario, se sancionaría por la peligrosidad del autor y no por su hecho, lo que importaría abandonar el principio de culpabilidad en el que se asienta el derecho penal vigente.

4º) Que el art. 19 de la Const. Nacional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros. Tales limitaciones genéricamente definidas en aquella norma, precisadas por obra del legislador. En materia penal, como la que aquí se trata, es éste el que crea los instrumentos adecuados para resguardo de los intereses que la sociedad estima relevantes, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes.

5º) Que el accionar del legislador en el sentido indicado no puede exceder, pues, el campo de las acciones de los hombres que ofendan a la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros.

6º) Que este tribunal ha valorado la magnitud del problema de la drogadicción en *Fallos*, 300:254, en que destacó la deletérea influencia de la creciente difusión actual de toxicomanía en el mundo entero. Al subsistir las razones que informan tal apreciación, es menester realizar un análisis del tema ahora planteado, en términos que incluyan la consideración de todos los aspectos de tan compleja realidad.

7º) Que también este tribunal y con ese fundamento, ha considerado lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal (*Fallos*, 301:673; 303:1205; 304:1678 y 305:137).

8º) Que, sin embargo, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 de la Const. Nacional aclarando aquellos conceptos.

La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

9º) Que no está probado –aunque sí reiteradamente afirmado dogmáticamente– que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general. La construcción legal del art. 6º de la ley 20.771, al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad.

El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Const. Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción.

Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse 'de acuerdo a los datos de la común experiencia' no se justifica frente a la norma del art. 19, tanto más cuanto la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad o como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito, la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados mas con probable trascendencia a terceros.

10) Que, en otro orden de ideas, no se encuentra probado, ni mucho menos, que la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción, sea un remedio eficiente para el problema que plantean las drogas.

Por el contrario, tal tesis es discutida en la actualidad por quienes sostienen que las causas de la adicción son de origen múltiple y que la sola forma de atacarla es mediante la corrección de las alteraciones socioeconómicas de la sociedad contemporánea. Quienes se inclinan hacia esta tesis no creen que la incriminación del toxicómano ayude a su tratamiento y, por el contrario, se inclinan por sistemas que impongan los tratamientos de desintoxicación como los que han sido adoptados por algunos países europeos.

En tal sentido debe tenerse presente la opinión del Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud que en su informe 18 sostuvo que 'los datos clínicos no son suficientes para probar o desaprobar las diversas modalidades de tratamiento obligatorio; lo que sí parece indudable es que pese a la considerable experiencia adquirida, la detención obligatoria no resulta por sí beneficiosa'.

Asimismo, el Grupo de Estudio de la Organización Mundial de la Salud sobre la Juventud y Drogas llegó a la conclusión de que en la mayor parte de los casos no parece ser indicado el encarcelamiento por la posesión de pequeñas cantidades de drogas causantes de dependencia, destinadas a uso personal.

También el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente consideró que las personas implicadas en delitos leves requerían medidas de tratamiento y no de castigo severo, ya que podrían ser a veces más adecuadas y efectivas formas no penales de control. Con respecto de los delitos leves, el Congreso estimó que el uso indebido de drogas forma parte del problema general de la salud pública e

Escaneado con CamScanner

hizo hincapié en la adopción de medidas de tratamiento y reinserción social de los toxicómanos. Las sanciones penales y la política penal en modo alguno debiera impedir la aplicación de tales medidas de tratamiento y reinserción, sino que han de limitarse a garantizar su aplicación cuando fuera pertinente.

Por su parte, el Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social, entre las conclusiones de un estudio comparativo de un grupo de sujetos de experimentación y control realizado en la Argentina, Costa Rica, Estados Unidos de América (Estado de Nueva York), Japón, Jordania, Italia, Malasia y Singapur, dijo, sobre la correlación entre uso indebido de drogas y criminalidad, que los datos parecen sugerir que, cuando la adicción persiste, la mera sanción penal no sólo fracasa en tratar de reducir el comportamiento delictivo de los sujetos, sino que –por el contrario– parece iniciarlos o causar su aumento. A la luz de las opiniones mencionadas, puede decirse que en el caso de los adictos y de los simples tenedores, el encarcelamiento carece de razonabilidad y puede representar para tales sujetos un ulterior estigma que facilita adherirse a modelos de vida criminal y a la realización de conductas desviadas, en vez de fortalecer la readaptación a la vida productiva. En dichas condiciones la sanción penal *per se* es insuficiente cuando no va acompañada de una terapia seria y medidas de rehabilitación capaces de modificar en un sentido positivo el comportamiento de los individuos.

Además, nuestro país se encuentra vinculado por la Convención Única sobre Estupefacientes, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas reunida el 30 de marzo de 1961 y aprobada por decr. ley 7672/63, art. 7°, cuyo art. 38 obliga a las partes contratantes a considerar las medidas que pueden adoptarse para el tratamiento médico, el cuidado y la rehabilitación de los toxicómanos, y –si sus recursos económicos lo permiten– a establecer servicios adecuados para su tratamiento.

Por eso es necesario poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento, a fin de introducir un verdadero enfoque terapéutico para corregir el comportamiento desviado de los sujetos.

11) Que es necesario, en definitiva, comprender, pese a todos los prejuicios, que se puede entender al drogado, que el camino de un individuo a la adicción es paulatino, no es abrupto, ni se produce de un día para el otro.

El sujeto puede un día probar la droga, comenzar luego a consumirla ocasionalmente y finalmente arribar a un estado de dependencia psíquica –y en algunos casos física– de ella. Frente a estas distintas situaciones o etapas, las diferentes respuestas que debe proporcionar el Estado tienen una gran influencia sobre el individuo. Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal

que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir. La función del derecho debería ser controlar o prevenir, sin estigmatizar, y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratados que tienen los adictos.

.....

13) Que en este marco –médico-psicológico–, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan, y que es suficiente por sí misma para invalidar el art. 6° de la ley 20.771, cuya inconstitucionalidad se declara, en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para uso personal.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se revoca la sentencia apelada". JOSÉ S. CABALLERO (*en disidencia*) - AUGUSTO C. BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) - ENRIQUE S. PETRACCHI (*según su voto*) - JORGE A. BACQUÉ.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE S. PETRACCHI

"Considerando:

.....

3°) ...Del contexto de los agravios en que el apelante sustenta su tesis de inconstitucionalidad se desprenden, fundamentalmente, dos argumentos. El primero de ellos estriba en que no se cumple, respecto de la norma legal impugnada, el requisito establecido por el citado art. 19, consistente en que las acciones privadas sólo pueden ser objeto de restricción cuando medie peligro concreto para terceros. El segundo radica en que, consecuentemente, al no mediar tal peligro concreto, la sanción tendría por única base la peligrosidad del autor y no la acción realizada por éste, o sea que el tipo penal construido por el art. 6° de la ley 20.771, no sigue las pautas exigidas en la materia por el ordenamiento constitucional, al configurar como delito a las presuntas características nocivas de una personalidad determinada.

4°) Que la decisión remite, pues, al examen de los límites de la restricción que el art. 19 de la Ley Fundamental, impone a los órganos estatales para la regulación de ciertas conductas, que allí se designan como 'acciones privadas de los hombres', lo que llevaría a establecer si el art. 6° de la ley 20.771 se adecua o no a ese principio constitucional. Para tales finalidades convendrá tomar en cuenta los argumentos que desde la sanción de dicha ley se han sostenido en nuestra doctrina y jurisprudencia, tanto en favor como en contra de la legitimidad de la prohibición impugnada.

5°) Que, sin embargo, antes de abordar los puntos referidos, resulta indispensable dejar sentado que ellos deberán ser vistos en el marco del contexto general en el que se inscribe el caso a resolver. Dicho marco está determinado primordialmente por dos circunstancias, una de ellas podría ser considerada como externa al conflicto *sub examine* y, la otra, configurada por la naturaleza del conflicto mismo.

La primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración del alcance de las garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular,

Escaneado con CamScanner

en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.

El segundo aspecto del marco general sobre el que se emplaza la cuestión a resolver proviene de que los hechos que se juzgan se vinculan directa o indirectamente con un problema temible: el tráfico y consumo de estupefacientes. La droga es, indudablemente, una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas. Una de dichas consecuencias es la de que la diseminación y desborde del tráfico y consumo de estupefacientes ha adquirido un volumen tal y tan descomunal, que ha facilitado la conformación de un negocio económico administrado por consorcios internacionales que cuentan a veces con recursos que superan las posibilidades de los propios Estados. Es desgarrador, además, el problema de las drogas desde el punto de vista individual, pues una creciente cantidad de víctimas de la adicción y narcodependencia ven sus vidas limitadas en múltiples sentidos, se encuentran con su salud física y psicológica seriamente afectada y, por tanto, su existencia sumamente empobrecida. En el tratamiento de cada uno de los aspectos propuestos, se volverán a hacer consideraciones particulares sobre ambos rasgos del contexto en el que debe resolverse el presente caso.

6°) Que una reflexión acerca de los alcances del art. 19, de la Const. Nacional, debe partir de la evidente trascendencia de tal disposición –característica distintiva de nuestra Carta Magna– porque, al definir la esfera de libertad individual de los habitantes de la Nación Argentina, se emplaza como base fundamental para la arquitectónica global de nuestro orden jurídico. Esta Corte ha efectuado recientemente algunas precisiones al expedirse, *in re*: 'Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida SA', P.526-XIX. Así, en el consid. 8°, de uno de los votos concurrentes se expresó que el art. 19: 'En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, *la salud mental y física* y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo'. En el mismo considerando se estableció que, en rigor, el derecho a la privacidad comprende: 'aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal' y se concluyó afirmando que 'nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas'.

Conviene destacar que, en todos los votos –que componen el fallo–, quedó firmemente asentado que es 'fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad consagrado en el art. 19 de la Carta Magna', que es un 'derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre'. Se trata, en suma, de una cláusula constitucional que esta Corte ha considerado decisiva para la existencia de una sociedad libre y que comprende entre las acciones privadas de los hombres, como quedó expuesto al transcribir parte del aludido consid. 8°, lo atinente a la salud e integridad física y psicológica de las personas.

Luego, esas reflexiones son vinculantes para elaborar la decisión sobre la juridicidad o antijuridicidad de la tenencia y consumo de estupefacientes, toda vez que estos hechos se relacionan indudablemente con la salud pública –bien jurídico tutelado por las normas penales– y la salud individual que forma parte, según se ha señalado, de la privacidad protegida por el art. 19 de la Constitución.

7°) Que este último precepto está tomado –en redacción que pertenece al primer rector de la Universidad de Buenos Aires, presbítero Antonio Sáenz (conf. Sampay, Arturo E., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 12 y ss.)– del art. 5° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La prescripción de tal norma expresa la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y de la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de mérito se realicen en virtud de la libre creencia del sujeto en los valores que los determinan.

Existen antiguos precedentes de esta Corte Suprema que, si bien han sido influidos por el individualismo de la época en que se dictaron, se aproximan al significado que ha venido a cobrar la norma constitucional en examen. Entre ellos, se cuenta el registrado en *Fallos*, 150:419, del año 1928. Los distinguidos magistrados que, a la sazón, componían el tribunal expresaron: 'el fuero interno de la conciencia queda reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados, art. 19, Const. Nacional'. Por consiguiente, 'los deberes que impone el imperativo interior de la conciencia humana no han podido, pues, por sí solos, constituir la base de la ley impositiva aludida'. El Procurador General Matienzo, en t. 128, p. 435, de los *Fallos* de este tribunal, cita la sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. en la que el juez Miller dijo: 'Es necesario reconocer que existen derechos privados en todos los gobiernos libres fuera del control del Estado. El gobierno que no reconozca tales derechos, que mantenga las vidas, la libertad y la propiedad de los ciudadanos sujetas en todo tiempo a la absoluta disposición e ilimitada revisión aun de los más democráticos depositarios del poder es, al fin y al cabo, nada más que un despotismo' (p. 441 y 442).

.....

Lo expuesto conduce al tribunal a aseverar que no son punibles las acciones de los hombres que constituyan actos en su esfera privada, siempre que no afecten el orden y la moral públicos. Queda pendiente, por supuesto, la cuestión de los criterios para calificar las acciones que afecten el orden y la moral públicos.

8°) Que, en lo atinente a dichos criterios, debe tenerse en cuenta que decisiones más actuales de esta Corte, como la de *Fallos*, 296:15 (consids. 4° y 6°), reiterada en *Fallos*, 302:604, no parecen compatibles con los principios aludidos, esenciales para la libertad del hombre a que nuestra tradición aspiró. En efecto, en la doctrina sustentada en estos pronunciamientos parece sostenerse que el ámbito sustraído a la legislación positiva por el art. 19, parte 1ª, de la Constitución, sería sólo el del fuero íntimo, en cuanto no se reflejare en acciones privadas, de proyección comunitaria. Si esto se acepta, no habría límites para la intromisión de los órganos estatales en las acciones y la

Escaneado con CamScanner

intimidad de las personas que se tradujeran en conductas que pudieren juzgarse dotadas de 'proyección comunitaria'.

De este modo, la disposición constitucional sólo consagraría una especie de libertad interior pero negaría toda libertad exterior, definición de aquella cláusula sólo sustentable en la ficción de que pueda dividirse a los individuos según su interioridad o su comportamiento externo, como si fueran elementos independientes en su origen y desarrollo.

.....

9°) Que debe, además tenerse en cuenta que ese principio se inscribe en un conjunto de disposiciones de la Carta Magna tendientes a consagrar lo que en el pronunciamiento de la Corte Suprema de los EE.UU. emitido en el caso 'Palko v. Connecticut' (302 US 319, 1937), el juez Cardozo denominaba 'un esquema de ordenada libertad', que está conformado por los derechos básicos de los individuos. Por ello, es inviolable la defensa en juicio de la persona o de los derechos y también es inviolable el domicilio, los papeles privados y la correspondencia, es decir, aspectos de la privacidad de cada habitante (art. 18) y, por tanto, quedan proscriptas las facultades extraordinarias 'por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quedan a merced de gobiernos o persona alguna' (art. 29), derechos éstos que al ser enumerados no implican excluir todos los que no se enumera, 'pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno' (art. 33). Se constituye así una trama de ubicación de los individuos en la sociedad en la que se entrelazan derechos explícitos e implícitos y en la cual la libertad individual está protegida de toda imposición arbitraria o restricción sin sentido, desde que el art. 28 de la Ley Fundamental, según ha establecido este Tribunal, impide al legislador 'obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener' (*Fallos*, 117:432 y 436).

.....

Conviene recordar la síntesis acuñada en el siglo pasado por Cooley cuando define el derecho de privacidad como el 'derecho a ser dejado a solas', fórmula ya clásica que significa que la persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado –no por la religión, la moral o la filosofía– para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aún si es coactiva. *Sólo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual.*

.....

10) Que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, consagrara desde temprano nuestra Constitución, resulta así esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la

que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria.

Es, pues, una alta prioridad en el Estado democrático asegurar la vigencia de la disposición constitucional en el sentido de garantizar el ámbito de exclusión aludido, procurando su eficacia tanto frente a la intromisión estatal como frente a la acción de los particulares.

La consagración constitucional del derecho a la privacidad está además complementada por idéntica protección establecida en el Pacto de San José de Costa Rica, art. 11, incs. 2° y 3°, que ha sido incorporado a nuestro orden jurídico por la correspondiente ratificación legislativa de dicho Pacto.

11) Que la garantía del art. 19 de la Const. Nacional, en los términos en que se ha venido acotando, establece la existencia de una esfera privada de acción de los hombres en la que no puede inmiscuirse ni el Estado ni ninguna de las formas en que los particulares se organizan como factores de poder. El poco flexible límite que circunscribe el campo de inmunidad de acciones privadas lo constituye el orden y la moral públicos y los derechos de terceros. El alcance de tal límite resulta precisado por obra del legislador; pero su intervención en ese sentido no puede ir más allá de las acciones de los hombres que ofendan a la moral pública, que interfieran con el orden público o que afecten derechos de terceros, esto es, no puede el legislador abarcar las acciones de los hombres que no interfieran con normas de la moral colectiva ni estén dirigidas a perturbar derechos de terceros.

Esto significa, si no se pretende convertir al art. 19 de la Const. Nacional en una mera tautología, que las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho de que el Estado decida prohibirlas, es decir, por su inclusión en una norma jurídica. Tampoco dejan de ser privadas las acciones de alguien por el hecho contingente de que haya otras personas realizando la misma conducta. Si se sostuviere cualquiera de estas dos tesis, como parece surgir, por ejemplo, de las argumentaciones que para el caso de la tenencia de estupefacientes efectúa parte de la doctrina en favor de la prohibición, se estaría afirmando que la parte 1ª del art. 19 no tiene otro alcance que el de su parte 2ª, es decir, que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. El art. 19 establece en su parte 2ª, el principio del imperio de la ley, según el cual el Estado sólo puede limitar los derechos individuales en virtud de normas de carácter legal. En su parte 1ª, determina, ampliando el principio formal antedicho, que la ley ni puede mandar ni puede prohibir nada en relación a las acciones privadas de los hombres integrantes de la esfera de las conductas libradas a las decisiones individuales de conciencia.

12) Que estas prescripciones de la cláusula constitucional obligan a distinguir entre acciones privadas y las que no lo son, y entre ética privada y moral pública. Por cierto, no puede concebirse a las acciones privadas como las que se hacen en privado, puesto que muchos delitos contemplados

Escaneado con CamScanner

en nuestra legislación podrían ser ejecutados en privado. Por consiguiente, tal distinción está vinculada a la diferenciación entre moral pública y ética privada, de modo que deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda. Hay así una serie de acciones sólo referidas a una 'moral privada', que es la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, los cuales no interfieren el conjunto de valores y de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás.

De esta manera, el art. 19 de la Const. Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás.

A este respecto, cabe recordar que, como se afirmó en uno de los votos concurrentes en el caso 'Ponzetti de Balbín' (consid. 19), el derecho a la autodeterminación de la conciencia requiere la tutela material del ámbito de privacidad.

Por consiguiente, las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, quedan, en virtud del art. 19 de la Const. Nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales.

13) Que de acuerdo a la secuencia de exposición antes anunciada, corresponde considerar los alcances y sentido del art. 6º de la ley 20.771, que preceptúa: 'Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de 100 a 5.000 pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieren destinados a uso personal'.

Esto parece significar la incriminación de toda tenencia de estupefacientes, cualquiera sea el modo en que se accedió a los mismos y cualquiera la finalidad para la que se los tuviere, incluido el mero consumo personal en cualquier circunstancia y cantidad en que ese consumo se realice.

.....

16) Que es preciso poner de relieve que, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacionales, el argumento de que la incriminación de la simple tenencia contribuye a evitar consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general, sólo se registra como una mera afirmación dogmática, sin que en ningún caso se aluda a pruebas efectivas que confirmen lo aseverado. Sobre esta clase de asertos, sin sustento en constataciones fácticas demostrables, se apoya hasta el presente la construcción legal del art. 6º de la ley 20.771 que castiga la mera creación hipotética de un riesgo, fundándose en la simple alusión a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad.

Contrariamente a lo que surge de dichos asertos, la tesis según la cual la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción misma, es un remedio

eficaz para el problema que plantean las drogas, está seriamente discutida en la actualidad en particular por quienes proclaman y prueban con numerosas evidencias que las causas de adicción son de origen múltiple y que el ataque a este flagelo social requiere la corrección global de una serie de factores de la sociedad contemporánea que confluyen a la producción de tal efecto. Así, en países de larga tradición liberal, de sólida trayectoria de organización democrática y de fuerte respeto por la construcción y consolidación de órdenes jurídicos basados en la garantía de los derechos individuales, se tiende a considerar al adicto al consumo de estupefacientes como un enfermo, y se plantean los objetivos de ayuda al tratamiento y reincorporación a la sociedad del toxicómano, en lugar de su calificación como delincuente con las graves consecuencias que ello encierra. De este modo se delinean sistemas que, como el británico –tendiente a reducir el tráfico ilegal de drogas–, no desestima la posibilidad de provisión oficial de estupefacientes a los adictos en el marco del tratamiento de recuperación, considerados éstos como enfermos que no revisten condición delictual o, como el de Francia, donde se ha instrumentado la posibilidad para los jueces de instrucción de obligar a curas de desintoxicación. En estos países, y otros como EE.UU., Holanda, Alemania Federal, etc., se afirma la tesis de que actividades de perniciosos efectos sociales, motivadas en fallas estructurales de las organizaciones económico-sociales, como la adicción a drogas, el exceso de consumo, fabricación y venta de bebidas alcohólicas, la prostitución, el juego clandestino, el tráfico de armas, etc., deben arrostrarse con políticas globales y legislaciones apropiadas –de las que hasta el presente carece nuestro país– antes que con el castigo penal, pues, al cabo, éste recae sobre quienes resultan víctimas de dichos defectos estructurales.

En este orden de ideas debe tenerse presente la opinión del Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud, que en su informe 18 sostiene que: 'Los datos económicos no son suficientes para aprobar o desaprobar las diversas modalidades de tratamiento obligatorio; lo que sí parece indudable es que pese a la considerable experiencia adquirida, la detención obligatoria no resulta por sí beneficiosa'.

Asimismo, el Grupo de Estudio de la Organización Mundial de la Salud, sobre Juventud y Drogas llegó a la conclusión de que en la mayor parte de los casos no parece ser indicado el encarcelamiento por la posesión de pequeñas cantidades de droga causante de dependencia, destinadas a uso personal.

.....

Según surge de lo reseñado, parece ser que, con relación a los adictos y simples tenedores de estupefacientes para uso personal, el encarcelamiento *carece de razonabilidad* y puede representarles un ulterior estigma que facilite su adhesión a modelos de vida criminal y a la realización de conductas desviadas en lugar de fortalecer su readaptación a la vida productiva. En tales condiciones, la sanción penal *per se* es *inútil* y, por lo mismo, *irrazonable*.

17) Que frente a la ya explicitada tendencia de las organizaciones internacionales de los países llamados desarrollados y de nuestro propio país, de considerar medidas alternativas eficaces para enfocar el problema de la difusión de la droga, sumada al hecho evidente de que no todas las drogas, psico-

Escaneado con CamScanner

fármacos y estupefacientes tienen idénticas consecuencias sobre la salud, tanto por sus diferentes efectos como en relación a las cantidades en las que se las consume –distinciones que nuestra ley no recibe ni considera–, corresponde preguntarse qué valor conservan las razones que se esgrimen en favor de la incriminación de la tenencia de drogas para uso personal.

Según la doctrina de los fallos citados y las elaboraciones de los juristas que en sus comentarios coinciden con ella, los motivos que respaldan una prohibición como la contenida en el art. 6º de la ley 20.771 pertenecen principalmente a alguno de los siguientes grupos: (1) juicios de carácter ético; (2) razones de política global de represión del narcotráfico, y (3) argumentos relativos a la creación de un grave peligro social. Cabe referirse por separado a estos razonamientos.

Los del primer orden son, primordialmente, de dos clases: *a*) los que se basan en el carácter violatorio de las normas éticas imputables a la conducta de consumo de drogas considerada en sí misma, y *b*) los que expresan que si existen razones éticas para impedir al Estado incriminar el consumo de drogas en función del respeto a la voluntad individual, no se ve por qué no debería también aplicarse ese criterio a la venta de aquéllas ya que el traficante sólo facilita la droga a quien quiere emplearla, por lo que, si no es punible el consumo, tampoco debería serlo el suministro.

Con respecto a la índole inmoral del propio consumo de estupefacientes –cualidad que se le atribuye a esta conducta a veces en forma manifiesta y otras en forma implícita, por ejemplo, al utilizar recurrente e impropiamente palabras como 'vicio' para describir estas acciones– lo cierto es que la valoración ética que se haga de esas conductas dependerá de una posición filosófica subyacente, y será distinta según se adopten posiciones nihilistas y extremadamente subjetivistas acerca de los valores, o posiciones proteccionistas o paternalistas basadas en un objetivismo axiológico extremo. Entre estas dos posibilidades resta aún un abanico de criterios racionales sobre una objetividad relativa de la calificación ética de las conductas.

Ahora bien, aun si se considera que el consumo de estupefacientes es por sí una conducta que no satisface los mínimos *standards* éticos de nuestra comunidad, no se sigue de ello que el Estado esté en condiciones de prohibir tal conducta con prescindencia de los peligros y daños efectivos que produzca. Existen múltiples conductas de las cuales podría afirmarse, sin demasiado riesgo de error, que constituyen un paradigma de coincidencia valorativa en nuestra comunidad. En este sentido, la mayoría de los argentinos estarían dispuestos a considerar violatorias de las más elementales normas éticas a conductas tales como despreciar a los propios padres o a los hijos, etcétera. Estos ejemplos remiten a actitudes individuales que la mayoría no vacilaría en repudiar desde el punto de vista ético. Sin embargo, no podría el derecho positivo prohibir toda acción de la que pudiere predicarse que resulta moralmente ofensiva ya que no es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica que brinda una igual protección a todos los miembros de una comunidad, creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales 'desviaciones' morales a los demás. Lo que exige erigir en bien jurídico a las ideas

de los demás e, incluso, prever como ilícitos a los actos que entorpezcan sus derechos o les ocasionen daño, llevados a cabo con apoyo en creencias consideradas éticamente relevantes. Un pensador de nuestra época ha dicho en tal sentido: 'Es perfectamente justo y legítimo considerar «buenas» las costumbres y los modales que nuestros padres nos enseñaron y sagrados los ritos y normas sociales que nos han legado las tradiciones de nuestra cultura. Pero también debemos tener buen cuidado de no considerar inferiores las normas y ritos sociales de otras culturas; es necesario luchar con toda la fuerza de nuestro raciocinio contra esta propensión natural' (Lorenz, Konrad, *Sobre la agresión, el pretendido mal*, 3ª ed., México, 1974, p. 96). Éste es el motivo por el cual el ordenamiento jurídico impone un ámbito de exclusión respecto de las conductas y creencias de las personas que no ofendan las de los demás ni se materialicen en un daño. Este es el significado mismo del art. 19 de la Const. Nacional.

En cuanto a la segunda clase de los argumentos éticos, la afirmación de que si se considera insusceptible de prohibición el mero consumo, debería extenderse tal criterio a la actividad del proveedor, traduce un planteo que hace caso omiso del hecho de que nuestra Constitución, en su art. 19, exige como condición del reproche penal que la conducta objeto de pena dañe a otro o hiera sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda.

Otra respuesta elemental a esta clase de argumentos es que la demanda de estupefacientes es, con frecuencia, el resultado de las presiones del propio traficante. Por otro lado, no todas las decisiones de cada individuo se adoptan en un estado de ánimo que suponga que ha considerado lo que le conviene hacer en base a una libre deliberación racional. El condicionamiento absoluto de la voluntad originado por la dependencia patológica, ciertos estados de ansiedad, depresión, excitación, miedo, etc., impiden decidir 'libremente', y el Estado puede y debe interferir en la actividad de terceros que toman ventaja de, o fomentan, o, en definitiva explotan tales estados, impulsando al que los padece a transitar por los caminos irreversibles de ciertas formas de adicción que conducen, sin escalas, a una muerte omnipotente. El castigo al aprovechamiento de los estados de dependencia patológica, e incluso la ayuda a una autolesión se justifica así, sin que puedan equipararse estas situaciones con el tratamiento requerido por la autolesión en sí misma. Resulta pues incuestionablemente justo castigar al traficante, con fundamentos que no son aplicables al consumidor (arg. art. 83, Cód. Penal). Como ya se ha dejado establecido en el caso 'Ponzetti de Balbín', forma parte de la esfera reservada de los individuos la decisión acerca de su propia inseguridad corporal en la medida en que con los actos de autolesión no afecten derechos de terceros.

18) Que el segundo grupo de juicios, que aluden a la política global de represión del narcotráfico, puede resumirse en las dos siguientes formulaciones: *a*) que el consumidor es la vía para descubrir al traficante, por lo menos a aquellos que son protagonistas del llamado 'tráfico hormiga'; *b*) que el castigo al consumo implicará una reducción en la demanda y que por este medio indirecto se arruinaría el negocio del traficante. Estos argumentos han sido utilizados en el ya mencionado fallo del tribunal *in re*: 'Colavini, Ariel O.'.

Escaneado con CamScanner

En lo que concierne a estimar al consumidor como la vía de acceso al traficante, y especialmente al que se ocupa del 'tráfico hormiga', puede entenderse que el argumento apunta a dos significaciones distintas. La primera, que la posibilidad de acción de los órganos de seguridad sobre el consumidor le permitirían dar con quien le proveyó el estupefaciente. La segunda que, bajo la forma de la tenencia para consumo personal, se encubren las actividades de los que realizan una suerte de 'negocio hormiga', consistente en vender la droga a terceros en pequeñas cantidades, por lo común con la finalidad de proveerse a sí mismos del estupefaciente del que dependen.

Considerar que el consumidor es el mejor medio disponible para llegar al traficante, parece insostenible por dos fuertes razones. Ante todo, porque si el argumento se llevara a sus máximas consecuencias sería notoriamente autocontradictorio. En efecto, pensar que el arresto de los simples consumidores, que no han provocado daños a terceros ni ofendido al orden y la moral públicos por la exhibición de su consumo, es un instrumento idóneo para llegar al traficante, entrañaría afirmar que para una eficacia mayor en la represión del aparato de comercialización de drogas, el Estado debería fomentar el consumo, con lo que tal actividad se haría más visible y se contaría, además, con innumerables proveedores de información. De igual modo, si se generalizara tal argumento vendría a consagrarse el principio de que es posible combatir toda conducta no deseada mediante el castigo de quien es su víctima, desde que siempre la víctima y su situación son condición necesaria de la existencia del delito. Así, castigando a los propietarios de automóviles se eliminarían las circunstancias que promueven el delito del que los roba; castigando a las mujeres más hermosas se eliminaría el factor de tentación a la ejecución de delitos contra el pudor, etcétera. Éste es el riesgo de tipificar un delito por la inclusión en el tipo de la situación misma de daño que la acción ilícita produce, y lleva a la confusión de transformar a la víctima de un hecho ilícito en su coautor. Aducir que el castigo al consumidor permite disminuir la demanda y, en consecuencia, el negocio del traficante, importa tanto como afirmar que proteger la vida es contribuir a crear las condiciones necesarias para la ejecución de homicidios.

Desde otro punto de vista, pensar que el consumidor, al ser calificado como delincuente, estará a disposición de la autoridad para poner en evidencia al proveedor, significa argumentar sobre la base de prácticas de prevención del delito correspondientes a una estructura de hábitos autoritarios que entraña riesgos no menos graves que el propio hecho del consumo de estupefacientes. Tal pensamiento supone olvidar que nuestra Constitución Nacional otorga a todos los habitantes el derecho a no declarar contra sí mismos (art. 18). Afirmar que quien es detenido por tener en su poder, por ejemplo, un cigarrillo de marihuana para su consumo personal, declarará sobre el acto de tráfico del que por consiguiente se hace responsable, sólo tiene sentido si se transforma la garantía del art. 18 de la Constitución en un puro verbalismo, y se obedece a una práctica represiva para obtener información que nuestro país intenta desterrar definitivamente, y cuyos efectos perniciosos sobre la sociedad no son menores que los que se pretenden combatir con las providencias contra la drogadicción. La persecución penal o la acción policial sobre las víctimas de conductas ilícitas no puede ser concebida como un medio apto para evitarlas.

Si ciertas formas de consumo personal de drogas resultaran insusceptibles de ser sancionadas en virtud del art. 19 de la Const. Nacional, no sucedería lo mismo con los actos de provisión de drogas, incluso en pequeñas cantidades, puesto que el límite de aplicación del artículo citado, como ya se dijo, es el de la producción de daños a terceros o la violación de la moral y el orden públicos. Si se considera al consumo que alguien hace de estupefacientes como un daño que se irroga a sí mismo, *es evidente que si los consume en situación que implica incitar a terceros a proveerlo de estupefacientes, estaría produciendo a los terceros el mismo daño que se inflige a sí mismo y su conducta escaparía a la exclusión establecida en el art. 19.* Pero, entonces, es la de provisión o incitación a terceros y no el propio consumo lo que produce el daño. Castigar a quien consume en razón de que es un *potencial* traficante equivaldría a castigar, por tenencia, verbigracia, a un coleccionista fanático porque es un potencial ladrón de los objetos de la especie que colecciona.

Un consumidor que ejecute actos de 'tráfico hormiga', puede ser punible por esto último sin que necesariamente lo sea por el simple consumo. Es obvio, por lo demás, que las sociedades modernas no se inclinan a enfrentar todos los graves problemas que padecen mediante la incriminación de las víctimas de esos mismos problemas. No se podría perseguir el rufianismo, el lenocinio o la trata de blancas, encarcelando a los 'clientes'. No resulta atinado creer que los graves problemas sociales que afligen al mundo actual en el campo de la salud pública, de la educación, de las consecuencias de la extrema pobreza, etc., sean solucionables por la vía de la aplicación de penas a las víctimas de tales situaciones, sino por políticas integrales que el Estado debe instrumentar en legislaciones completas, con gran cuidado de la construcción de los tipos penales que en ellas se introduzcan.

19) Que el tercer grupo de argumentos, referentes a la creación de un serio peligro social, descansa fundamentalmente en la idea de que el consumo de drogas constituye en sí mismo un hecho de alta peligrosidad, pues puede conducir a la realización de otros delitos en estado de drogadicción. Ya se ha abundado en estos considerandos acerca del azote de la difusión del consumo de drogas, de modo que una insistencia sobre el punto fatigaría inútilmente. La cuestión no consiste, entonces, en averiguar si el consumo de drogas es una actividad de terribles consecuencias para la salud psicológica y física individual y también para las relaciones de un grupo social, lo cual parece evidente en gran parte de los casos, sino en determinar si es razonable el establecimiento de severas figuras delictivas para cualquier conducta por el solo hecho de la peligrosidad que representa. Así ocurre en el caso de la tenencia de estupefacientes cuando a ella está asociada sólo una peligrosidad potencial, si por la cantidad de que se trate o las circunstancias en las que se los posee surge que están sólo destinados al uso personal.

Al respecto, y ante todo, cabe destacar que no existen estudios suficientes que prueben la necesaria vinculación entre el consumo de ciertos estupefacientes en determinadas cantidades y la perpetración de otros delitos, más allá de lo que sucede con otros elementos que actúan sobre la conciencia, sea por ingestión como el alcohol, por inhalación, como la nafta, ciertos pegamentos y disolventes de pinturas, o por mera producción de sentimientos,

Escaneado con CamScanner

como hechos que causan pánico, angustia u otras disposiciones del ánimo que puedan conducir a la comisión de actos ilícitos. Si estar bajo la influencia de ciertos estupefacientes puede facilitar la producción de infracciones penales, el castigo siempre deberá estar asociado a la concreta realización de éstas y no a la mera situación en que el delito podría cometerse.

Muchas de las actividades cotidianas que se realizan en una sociedad moderna, como conducir automóviles, disponer de equipos de transmisión pública, beber alcohol o poseer ciertos conocimientos calificados, podrían ser estimadas como condicionantes de situaciones que facilitan la comisión de ciertos hechos ilícitos; sin embargo, ni sucede ni parece razonable pensar que dichas actividades puedan incriminarse por su sola peligrosidad implícita.

Los estudios realizados en otros países, analizados cuidadosamente para la consideración de esta causa, parecen coincidir en que, salvo delitos contra la propiedad realizados en farmacias, droguerías u otros lugares de almacenamiento de psicofármacos, estupefacientes o drogas que se utilizan como materia prima en la producción de medicamentos, perpetrados con el objeto de proveerse de esos elementos, no se puede afirmar hasta el presente que exista una especial vinculación entre actividades delictivas y el uso de algún estupefaciente en particular. Por ejemplo, en los EE.UU. las estadísticas registran una cantidad aproximada de dieciséis millones de consumidores de cocaína, número que ha aumentado, siguiendo una constante en los últimos cinco años, sin que se registre un incremento proporcional de la criminalidad en particular, con excepción, claro está, de los delitos relacionados al propio tráfico. Además de eso, se ha demostrado que ciertos estupefacientes de los más difundidos, tienen efectos aletargantes del sistema nervioso central y, por ende, producen disminución en la actividad muscular y en la locomoción, de manera que quien los utiliza está en peores condiciones para realizar conductas deliberadas que quien no lo hace.

20) Que se han examinado todos los argumentos esgrimidos para apoyar la incriminación del mero consumo personal de drogas, dentro de los propios límites que ellos reconocen, de lo cual resulta que ninguno de ellos deja de presentar serias falencias, por lo que no alcanzan a convencer, y se desdibujan frente a las tesis actuales con las que el problema se encara en la mayor parte de las legislaciones modernas.

Ni siquiera se han rozado, por la sistemática de estos considerandos, problemas que quedan pendientes, por ejemplo el hecho de la escasa capacidad disuasoria de la pena en acciones como el consumo de estupefacientes, para las cuales el hecho mismo de su prohibición puede no sólo ser insuficiente motivador de la abstención, sino funcionar de modo contrario. Así, en sectores de la sociedad donde el problema es especialmente desgarrador, los adolescentes y los jóvenes, éstos pueden agregar al consumo de la droga la atracción de lo prohibido en tanto que tal. No se han revisado las dificultades para armonizar el castigo como mecanismo, con la posibilidad de estructurar un conjunto racional de medidas y acciones dirigidas a la prevención primaria del consumo de estupefacientes y a la cura, rehabilitación y reinserción social del adicto, teniendo en cuenta que la amenaza de una pena inhibiría al consumidor a hacer público su estado en el intento de recurrir a una cura. Tampoco se ha meditado en las posibilidades de instrumentación

del tráfico de drogas como medio de poder, en cuyo caso, las víctimas resultarían, de ser penadas por el consumo, doblemente dañadas. Asimismo, no se ha mencionado la adicción que crean los psicotrópicos tales como estimulantes, tranquilizantes, ansiolíticos, etc., algunos de venta sin restricciones y ampliamente difundidos, con los cuales muchas personas se 'automedican' para afrontar tensiones laborales, competencias deportivas, exámenes o regímenes para adelgazar. Se trata de aspectos manifiestamente importantes para dudar de la razonabilidad de reproches penales como el que se juzga.

.....

22) Que, con arreglo a lo expuesto, puede sintetizarse el eventual conflicto de normas sometido al tribunal, afirmando que, por una parte, el art. 19 de nuestra Constitución, resulta ser una pieza de esencial importancia en la configuración del sistema de las libertades individuales que caracteriza a nuestro orden jurídico. Él, evidentemente, no se limita a la garantía de la privacidad de los individuos –ya establecida en el art. 18, Constitución–, sino que consagra, como se ha afirmado antes, lo que Cardozo denominaba 'un esquema de ordenada libertad', es decir, el eje sobre el que gira un *sistema* de libertad personal, más allá de la garantía de la mera privacidad. Por otro lado, el art. 6º de la ley 20.771, obedece a un presupuesto dogmático en cuanto a su finalidad, según la cual la punición es un remedio efectivo a la grave cuestión social de las drogas, afirmación ésta que, al no haberse corroborado en los hechos, es escasamente científica y particularmente imprecisa, o tiene la precisión de la palabra poética, que se limita a invocar a su objeto. Como pensamiento, resulta equivalente a un pastel en el cielo que, parafraseando a Aristóteles, ni siquiera es un pastel sabroso.

Sobre el particular, ha quedado debidamente puesto de relieve que tal tesis ha sido vigorosamente descartada, tanto en los organismos internacionales que se ocupan de la drogadicción, como en la mayor parte de las legislaciones más avanzadas.

Además, se explicaron las deficiencias técnicas en la construcción del tipo configurado en tal disposición, en la que se castiga la simple creación eventual de un riesgo, abriendo para el intérprete la posibilidad de que por la mera referencia a discutibles perjuicios potenciales o peligros abstractos se considere procedente la punición, sin ninguna relación directa con daños concretos a terceros o a la comunidad.

23) Que como se dijo al iniciar estos considerandos, un eventual conflicto entre las dos normas, que por los argumentos explicitados hasta aquí resulta constatado, debe sin embargo meditarse en el contexto de dos relevantes temas: *a*) el gravísimo flagelo social aparejado por la difusión de las drogas, y *b*) la coyuntura histórica por la que atraviesa nuestro país en el intento de reconstruir sus instituciones democráticas y de consolidar la idea fundacional subyacente a las disposiciones de nuestra Constitución Nacional que llevaron a la creación, en función de su art. 19 y las disposiciones que le son complementarias, de lo que se ha denominado un 'sistema de libertad individual'.

Sobre el primer punto ha quedado claramente establecido que este tribunal comparte la preocupación manifestada por los otros órganos del Estado –que es la expresión de la misma preocupación que aflige a toda nuestra

Escaneado con CamScanner

sociedad– respecto de los ingentes daños que genera la actual extensión de la drogadicción, o la importante serie de conductas ilícitas que se despliegan en su marco.

Sin embargo, es prudente completar la descripción ya realizada sobre la calamidad de las drogas, con consideraciones que contribuyen a esclarecer los límites que la vigencia de un sistema de libertad individual establece, respecto de lo que la ley penal puede hacer, tanto en esta materia cuanto en lo atinente a otros dramas sociales de no menor importancia.

Una de ellas es la de que debe poder evaluarse el problema de las drogas sin hacerse cargo necesariamente de todos los prejuicios que existen acerca de ese mismo problema, de modo que se pueda llegar a comprender que el drogadicto es, en general, o al menos a partir de cierta frecuencia en el consumo, un individuo enfermo, con serias dificultades para su desenvolvimiento físico e importantes alteraciones en su integridad psicológica, y que, por tal razón, puede y debe ser atendido como enfermo...

Otra consideración que cabe tener en cuenta, es el hecho de que el legislador no ha dado aún respuesta eficaz a la cuestión del consumo de droga. Al respecto, sólo ha apelado a su incriminación penal, que basa la protección de la salud pública en una pretendida tipificación de peligro abstracto, bajo el supuesto no demostrado de que la pena acarrearía en situaciones de esta especie, invariablemente un efecto moralizador y disuasivo para el consumidor ocasional, o el que se inicia en la adicción...

Una de las funciones de la legislación a este respecto debería consistir –y eso no puede lograrse por la vía de la mera incriminación penal– en controlar y prevenir el consumo de drogas sin estigmatizar en forma definitiva al adicto como delincuente y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratado para recuperar su salud del que goza en una sociedad civilizada todo aquel que padece una enfermedad, especialmente cuando ésta se origina en deficiencias estructurales de la propia sociedad. Es imprescindible hacer notar las falencias de nuestro sistema legal, que debería prever respuestas sustitutivas de la punición para el mero consumo personal, como la adopción de medidas más eficaces sobre las actividades del tráfico o sobre sus beneficios económicos, políticas de educación, especialmente dirigidas a la crítica de las propuestas sociales que promueven la dependencia, facultad jurisdiccional para ordenar y supervisar tratamientos, creación de instituciones que se hagan cargo de la rehabilitación del adicto u otras como las que pueden verse reseñadas en el ya mencionado informe de nuestro país ante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Narcotráfico.

24) Que la disposición del art. 19 de la Carta Magna, traduce el espíritu liberal de nuestro orden jurídico, que la legislación penal ha respetado en otros casos, como la represión de la homosexualidad, la tentativa de suicidio, el incesto, etcétera. Aquella norma excluye, así, la posibilidad de fundar incursiones de los órganos estatales y en especial a través de la punición penal, en las conductas que integran la esfera del individuo, con exclusivo apoyo en posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas, que no difieren esencialmente de la de Eurípides cuando, en *Ifigenia en Aulide*, afirma: 'Está puesto en razón que los griegos manden a los bárbaros'.

25) Que esto lleva a la necesidad de una referencia sobre el otro aspecto del contexto general del problema, cual es la importancia crucial de la consagración definitiva de posibilidades reales de libertad individual, para que todos los habitantes de nuestro país estén, y se sientan, en condiciones de disfrutar de un marco de libre decisión para proyectar su destino y programar su vida, con el límite de no producir daños a los otros conculcando su idéntico derecho. Nuestro país está resurgiendo de cincuenta años de vaivenes políticos, durante la mayoría de los cuales primó el autoritarismo y la intolerancia en las formas de organización social, que han puesto en serio riesgo la posibilidad de volver a colocarnos como Nación en el marco de los ideales que le dieron fundamento. Esa sucesión de períodos autoritarios se caracterizó por la proliferación de prohibiciones como único recurso para el control de las relaciones sociales. Así, por razones de la misma índole, podían castigarse no sólo la tenencia de una cantidad de droga correspondiente al consumo personal, sino también la circulación de ciertos libros y publicaciones, el acceso a la exhibición de ciertas vistas cinematográficas, el uso de faldas cortas o pelos largos, y toda una amplia ristra de prohibiciones que determinaron, al cabo, que nadie tuviera muy claro en qué consistía, de existir, el marco de su libertad individual.

Deberán buscarse, pues, procedimientos para contener el lacerante fenómeno de la drogadicción sin renunciar, en esta etapa de refundación de la República, a consolidar los principios de nuestra organización social que hacen por sí mismos valioso el intento de conservarla y que permitan en su seno el desarrollo de los individuos con la amplitud y riqueza de sus potencialidades personales.

.....

El daño que puede causar en la sociedad argentina actual todo menoscabo al sistema de libertades individuales no es seguramente un riesgo menor que el planteado por el peligro social de la drogadicción...

27) Que por todas las razones expuestas, el art. 6º de la ley 20.771 debe ser invalidado, pues conculca el art. 19 de la Const. Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada con los alcances indicados". ENRIQUE S. PETRACCHI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JOSÉ S. CABALLERO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT *

.....

4º) "... [El apelante] expresa que la tenencia de estupefacientes para consumo personal es una conducta privada que queda al amparo del art. 19

* Esta disidencia aparece en la colección de los fallos de la Corte Suprema como parte

Escaneado con CamScanner

de la Const. Nacional, y que no basta la posibilidad potencial de que ella trascienda de esa esfera para incriminarla, sino que es menester la existencia concreta de peligro para la salud pública. Afirma que, de lo contrario, se sancionaría por la peligrosidad del autor y no por su hecho, lo que importaría abandonar el principio de culpabilidad en el que se asienta el derecho penal vigente.

5º) Que, en definitiva, se trata de establecer, de acuerdo a los hechos fijados en las sentencias de primera y segunda instancia, si el art. 19 de la Const. Nacional tutela como acción privada, exenta de la autoridad de los magistrados, la cometida por un sujeto de 24 años*, con causa penal abierta anteriormente por un hecho similar quien, en horas de la noche, circulaba como pasajero de un taxímetro, transportando debajo de su suéter un envoltorio de papel de diario que contenía 54 gramos de hojas secas que, conforme al peritaje realizado, resultaron ser *cannabis sativa* (marihuana).

6º) Que el art. 19 de la Const. Nacional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros. Tales limitaciones, genéricamente definidas en aquella norma, son precisadas por obra del legislador. En materia penal, como la que aquí se trata, es éste el que crea los instrumentos adecuados para el resguardo de los intereses que la sociedad estima relevantes, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes. La extensión de esta área de defensa podrá ser más o menos amplia según la importancia asignada al respectivo bien que se pretende proteger; es así como en algunos casos bastará la mera probabilidad –con base en la experiencia– de que una conducta pueda poner en peligro el bien tutelado para que ella resulte incriminada por la ley penal.

7º) Que, en concordancia con el criterio expuesto, el legislador ha tipificado como delito de peligro abstracto la tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal; con ello se ha extendido la protección de determinados bienes a los que se acuerda particular jerarquía. La norma se sustenta, pues, en el juicio de valor efectuado por el órgano constitucionalmente legitimado al efecto, y, desde este punto de vista, resulta en principio irrevisable. Sólo podría ser cuestionada si la presunción de peligro que subyace en dicho juicio resultara absolutamente irrazonable, tarea para la cual corresponde analizar la relación existente entre los bienes protegidos y la conducta incriminada.

8º) Que nadie puede ignorar actualmente los perjudiciales efectos que acarrea el consumo de estupefacientes, ni la enorme difusión que ha alcanzado esa práctica, circunstancias éstas que han sido reconocidas incluso por la comunidad internacional como un mal que afecta a todos los pueblos. Ello es lo que refleja la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas (ratificada por decr. ley 7672/63; ley 16.478), en la que los Estados miembros exponen su preocupación 'por la salud física y moral de la

del caso "Capalbo, Alejandro C.", pero por remisión la parte transcripta aquí constituyó la disidencia sobre el problema constitucional de "Bazterrica".

*. Capalbo, Alejandro Carlos.

humanidad', y reconocen 'que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad'.

9º) Que, en nuestro país, el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto elaborado sobre la materia, y que luego fue aprobado con modificaciones por el Congreso como ley 20.771, atribuyó también un especial alcance a la cuestión, sosteniendo que 'el uso indebido de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, desde su simple abuso hasta la destructiva dependencia, constituye un fenómeno de características multifacéticas, erigiéndose en un verdadero flagelo social', y que las conductas incriminadas resultaban 'atentatorias de la seguridad nacional, pues afectan al ser humano provocando de tal suerte la destrucción de los aspectos fundamentales de su personalidad'.

10) Que, por su parte, la discusión parlamentaria corroboró aquella concepción del tema, pues en ella se afirmó que 'el consumo de estupefacientes se ha difundido por todas las naciones del orbe, especialmente entre los sectores jóvenes de la población, llegando a constituir un verdadero flagelo internacional que afecta a todos los países por igual' (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, septiembre 19 de 1974, p. 2862), de manera que el proyecto pretendió impedir 'la desmoralización y la destrucción de la juventud argentina, que constituye el futuro de nuestra patria' (íd., p. 2863). Se consideró, asimismo, que las actividades vinculadas con el tráfico de drogas afectan 'la seguridad tanto de las personas como de la misma sociedad' (íd., p. 2868), y que, en general, los tipos penales en debate estaban 'destinados a la protección de la salud pública' (íd., p. 2869), destacándose ya entonces que 'en ciudades como Nueva York o París el problema ha adquirido características de tanta importancia... que está en peligro el futuro de la juventud de esos países y, en consecuencia, el futuro de tales naciones... lo que también va a suceder en la sociedad argentina si no adoptamos a tiempo los remedios necesarios para evitar que también nuestra juventud caiga en las garras de esto que es la destrucción de todo lo que significan los valores morales de la humanidad' (íd., p. 2872). En el mismo sentido se reconoció que el problema constituía 'una seria amenaza para la salud moral, no sólo de nuestro país sino también de muchas naciones de la Tierra' (íd., p. 2875), por lo que resultaba imprescindible 'proteger, de manera primordial, la salud de nuestra adolescencia y nuestra juventud, que son las víctimas más frecuentes de la afición por las drogas' (íd., p. 2877).

11) Que idéntica trascendencia se asignó al tema en la Cámara de Senadores, donde se sostuvo que el proyecto atendía a 'un fin eminentemente social: el de proteger a nuestra comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana' (*Diario de Sesiones*, septiembre 26-27 de 1974, p. 2438), porque 'el uso de las drogas se multiplica especialmente entre los jóvenes, lo que hace más grave aún sus efectos, habida cuenta de su considerable proyección futura sobre la salud física y moral de la población' (íd., p. 2440).

12) Que también este Tribunal ha tenido ocasión de valorar la magnitud del problema. En efecto, al decidir el caso que se registra en *Fallos*, 300:254, se destacó 'la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las gue-

Escaneado con CamScanner

129

tras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezmaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia..., la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización. Que ante un cuadro tal y su consiguiente prospección resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los Estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal o, por lo menos, si ello no fuera posible, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas'. De ahí que se haya considerado lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal (*Fallos*, 300:254; 301:673; 303:1205; 304:1678 y 305:137).

.....

15) Que, en virtud de lo expuesto, corresponde concluir que la presunción de peligro en que se asienta la figura descripta por el art. 6º de la ley 20.771 no aparece como irrazonable respecto de los bienes que se pretende proteger. En consecuencia, la tenencia de estupefacientes para consumo personal queda fuera del ámbito de inmunidad del art. 19 de la Const. Nacional, toda vez que dicha conducta es proclive a ofender el orden y la moral pública o causar perjuicio. Cabe puntualizar aquí que la tenencia es un hecho, una acción; no se sanciona al poseedor por su adicción sino por lo que hizo, por el peligro potencial que ha creado con la mera tenencia de la sustancia estupefaciente.

16) Que no debe considerarse a la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un derecho fundamental. Los derechos fundamentales a los fines de la intimidad están reconocidos en primer término en el art. 18 de la Const. Nacional que consagra, al igual que la norteamericana, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados. Sin embargo, el constituyente incorporó un artículo similar, que carecía de modelo en el texto norteamericano, y que tuvo en cuenta el art. 162 del proyecto de Constitución Nacional de 1826 mediante el cual, con texto casi idéntico, se procuraba, recogiendo un principio del liberalismo francés, garantizar la libertad de pensamiento, religioso o no, más allá del 'profesar libremente su culto' y del 'publicar sus ideas por la prensa sin censura previa' (art. 14). Esta regla resultó valiosa y necesaria para asegurar la libertad de pensamiento en pueblos que habían estado sometidos a las exigencias de la Inquisición, facultada para indagar las transgresiones de conciencia a los principios de fe religiosa requeridos por el Estado.

17) Que es indudable que para asegurar esta libertad de conciencia, el ciudadano de la era de la dignidad del hombre puede interponer recurso de amparo, que debe ser concedido por el Estado liberal. Sin embargo, desde el momento en que los derechos fundamentales –en el sentido actual de la cultura universal– representan facultades que consagran esa dignidad –según se infiere de los textos constitucionales actuales–, es inconcebible suponer una

acción o recurso de amparo que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación.

En efecto, el constitucionalismo actual propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político con la fuerza de un mandato para el legislador, y referido a la libertad se reconoce como principio normativo la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que constituyen el fundamento del orden político y la paz social (tít. I, art. 10, 1., Constitución española de 1978; art. 1º, Constitución de la República Federal Alemana).

Se trata de un principio con consecuencias jurídicas directas que se relacionan con las cualidades de racionalidad, autodeterminación de las voliciones, sociabilidad y dominio de sí, autonomía e independencia de coacciones externas y capacidad de elección, que al proyectarse socialmente se traduce en participación, como manifestación positiva de la libertad.

Por ello, pretender que las acciones privadas que están más allá de la libertad de conciencia representan en todos los casos acciones extrañas o inmunes a toda proscripción o regulación estatal, carece de significación si se trata de la propia degradación con capacidad abstracta de proyectarse. En consecuencia, el legislador es por la Constitución el competente para captar desde la moralidad pública –que es la del hombre medio a quien él representa– cuándo las acciones privadas que conduzcan a la propia degradación pueden proyectarse amenazando u ofendiendo esa moral pública u otros bienes; y, en ese sentido, valorar las circunstancias significativas de otras formas de control social que puedan llevarse una incriminación directa o indirecta. Y es así que parece razonable que bienes jurídicos de naturaleza superior, sean protegidos penalmente frente al peligro abstracto de una conducta incapaz de generar el amparo constitucional por sí misma.

18) Que, en síntesis, queda fuera de toda discusión la existencia de una opinión común en el sentido de que la ley se refiere a un problema temible y desgarrador. No caben dudas de que la existencia misma de la droga pone en peligro bienes jurídicos de naturaleza superior, en tanto ésta es susceptible de ser consumida indiscriminadamente por un número indeterminado de personas. Por ello, la ley 20.771 incrimina todas las acciones que lleven consigo la creación de este riesgo. Así, por ejemplo, se crea el riesgo mediante la siembra o cultivo de plantas para producir estupefacientes, o mediante la producción, fabricación o extracción de estas sustancias, o su introducción en el país en cualquier etapa de su elaboración y, por otra parte, se mantiene el riesgo ya creado por la guarda de semillas, el almacenamiento, transporte, comercio o distribución de estupefacientes y también, en cuanto aquí interesa, con la simple tenencia aunque sea para consumo personal. En otras palabras, la tenencia voluntaria de sustancias estupefacientes, cualquiera sea su finalidad, constituye una manera de mantener el riesgo creado por aquel que las elaboró o introdujo. El legislador, consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de existencia de éstas salvo en los casos en que se las sujeta a control.

Sobre este aspecto corresponde entonces poner nuevamente el acento en que no se pena el consumo como hábito que pueda revelar una personalidad débil o dependiente porque este acto mismo queda reservado a la esfera de

Escaneado con CamScanner

intimidad del art. 19 de la Const. Nacional, ni tampoco se lo pena por la autolesión en que el consumo pueda en definitiva resultar. Las figuras de la ley 20.771 no tutelan la integridad personal, sino la salud pública.

En este sentido, es necesario ratificar lo sostenido por el Tribunal en el precedente de *Fallos*, 305:135, que despojado de toda valoración ética o de política criminal, sostuvo que 'los motivos en virtud de los cuales entró el procesado en la tenencia de la sustancia, con conocimiento de su naturaleza, carecen de relevancia para resolver la cuestión en examen toda vez que al resultar sancionada esa conducta como de peligro abstracto, dicho peligro existe en tanto la sustancia conserve sus cualidades y sea apta para ser consumida por cualquier persona con o sin el consentimiento de su tenedor, y por ello es susceptible de ser castigada'.

Es cierto que pueden propugnarse otras soluciones distintas de la incriminación penal sobre la base de considerar la mayor o menor utilidad desde el punto de vista de la prevención general y especial que pueda revestir la pena para estos hechos, pero ello remite a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta, no puede llevar a que la Corte tenga que analizar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición de delito en sí.

19) Que, finalmente, también debe rechazarse el argumento del apelante relativo a la necesidad de probar en cada caso que la tenencia trasciende la esfera personal. El tema ya ha sido resuelto por el tribunal al fallar la causa que se registra en *Fallos*, 303:1205 (conf. también *Fallos*, 305:137), donde se sostuvo que una interpretación semejante importaría agregar un requisito inexistente que altera el régimen de la ley, porque para ella no interesa el hecho concreto de que la posesión trascienda, pues por tratarse de un delito de peligro abstracto basta con la relevante posibilidad de que ello ocurra, con base en la razonable presunción de que la simple tenencia siempre involucra un riesgo a los bienes tutelados.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara mal concedido el recurso respecto del agravio tratado en el consid. 3º, y se confirma la sentencia en cuanto rechaza la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771". José S. Caballero - Carlos S. Fayt.

Preguntas y notas

1. – ¿Qué diferencias advierte en las consideraciones que formula la Corte al resolver el caso con respecto al fallo "Colavini"? ¿Cuál es el alcance dado al derecho a la privacidad en el caso "Bazterrica"?

2. – ¿Admite el voto de la mayoría un derecho de cada persona "a elegir su propio plan de vida" con la misma amplitud que el doctor Nino en el artículo anterior? ¿Está usted de acuerdo con el voto de la mayoría cuando en su consid. 9º dice: "El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa,

implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Const. Nacional"? ¿Cuál entiende que es un "nexo razonable"? Si el fiscal hubiera podido probar que hay un vínculo entre el uso de drogas en una sociedad y el nivel de violencia ¿constituiría esto un nexo razonable? ¿Cómo respondería el doctor Nino? ¿Satisface el requisito de un "nexo razonable" la existencia de un vínculo entre las drogas y la violencia a los derechos de terceros o requiere el fallo un análisis más intensivo en el cual debemos balancear el interés de la sociedad contra el interés del individuo "a elegir su propio plan de vida"? ¿Hay alguna diferencia entre la mayoría y el voto del doctor Petracchi en el punto hasta el cual están dispuestos a adoptar la tesis del doctor Nino?

Una vez que el voto de la mayoría decidió en el consid. 9º que no existe un nexo razonable entre la conducta prohibida y la producción de un daño a terceros, ¿fue necesario considerar si la prevención penal de la tenencia es un remedio eficiente para el problema planteado por las drogas? ¿Es este análisis una intromisión innecesaria e ilegítima en las funciones del legislador?

3. – ¿Es importante para la Corte el hecho de estar frente a una ley que prohíbe la mera tenencia de estupefacientes? ¿Sería distinta la decisión de la Corte frente a una ley que prohíba su consumo? ¿Cambiaría la posición de la Corte frente al uso de una droga más peligrosa para el individuo que la marihuana? ¿Sería distinta la decisión si fuera una droga más peligrosa para terceros que la marihuana, por la dependencia y alucinaciones que produce y que hacen más probables los actos de violencia? ¿Le parece que la Corte dictó su sentencia en términos demasiado amplios?

¿Surge de la sentencia de la mayoría que el Estado nunca puede prohibir una conducta que constituya un peligro abstracto, es decir, prohibir a una persona hacer algo para evitar que haga otra conducta que sí es nociva para la sociedad? Si la Corte toma esta posición, ¿por qué no afirma también un derecho constitucional al consumo de estupefacientes y un derecho constitucional a comprar estupefacientes para uso personal? Si la Corte no está dispuesta a establecer el derecho a comprar estupefacientes porque teme que así los menores podrían obtenerlos, ¿no está prohibiendo una conducta por constituir un peligro abstracto? ¿Por qué no sería suficiente simplemente prohibir la transferencia de estupefacientes a menores?

4. – El art. 10 de la ley 20.771 añadió el siguiente párrafo al art. 77 del Cód. Penal: "El término 'estupefacientes' comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que la autoridad sanitaria nacional debe elaborar a este fin y actualizar periódicamente". Aunque hay jurisprudencia que indica que algunas leyes anteriores crearon listas de estupefacientes todavía vigentes, sin tratar el problema de si producían dependencia (ver el fallo de la Cámara Federal en el caso "Colavini", *Fallos*, 300:254), parecería que la preocupación primordial del legislador al sancionar la ley 20.771 fue prohibir las drogas que causan dependencia. ¿Le parece que el voto de la mayoría en el caso "Bazterrica" hubiera estado mejor fundado si hubiera enfocado la inconstitucionalidad de esta definición? ¿Le parece que el art. 6º de la ley 20.771 hubiera sido constitucional si la definición del término estupefaciente en el art. 10 hubiera dicho: "El término 'estupefaciente' comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir cambios de conducta que pueden poner en peligro las personas o propiedad de terceros, que se incluyan en las listas..."? ¿Qué otros problemas quedarían por resolver?

Supongamos que el abogado defensor de Bazterrica hubiera podido probar que aunque la marihuana es una droga peligrosa, hay otras sustancias, como el alcohol, que son igualmente peligrosas para terceros pero que por su aceptación en nuestra sociedad no han sido prohibidas y que aún en algunos casos reciben el apoyo del Estado por su importancia económica. ¿Hubiera sido éste un dato importante para mostrar una discriminación injustificada por parte del Estado contra aquellos que han adoptado el uso de la marihuana como parte de su estilo de vida? ¿Hubiera permitido a la Corte elaborar un *holding* más estrecho?

Escaneado con CamScanner

En un fallo posterior, "Fiscal c/E., R. E.", del 1 de diciembre de 1988, *ED*, 24 de mayo de 1989, la Corte Suprema revocó varias sentencias de condenas por introducción al país de sustancia estupefaciente, basadas en el art. 2º de la ley 20.771. Los acusados habían sido procesados por la introducción al país de bolsitas filtrantes de mate de coca, industrializadas y comercializadas en Perú y Bolivia, que habían adquirido después de un recorrido turístico. La Corte concluyó que: "Conforme a lo probado en el proceso, el producto introducido al país por los procesados, por su calidad, calidad y presentación no está destinado ni es apto para la práctica de la drogadicción ni la elaboración de sales de cocaína, sino para preparar la infusión de 'mate de coca', cuya ingestión no produce efectos alucinógenos sino una suave y leve estimulación en el sistema nervioso central.

En consecuencia, resulta evidente que el vegetal en cuestión, molido, seco y preparado en forma indicada no puede ser considerado estupefaciente, desde que no produce dependencia física o psíquica, como lo requiere el art. 10 de la ley 20.771".

¿Está invadiendo la Corte el rol de los médicos del Estado? ¿Hubiera podido la Corte decidir este caso sin necesidad de decidir si las bolsitas de mate de coca deben estar incluidas en la lista de productos prohibidos por el art. 10 de la ley 20.771? El mate de coca fue posteriormente legalizado por la ley 23.737, art. 15 (B.O., 11/10/89).

5. – Haga un esquema del voto del doctor Petracchi e identifique los argumentos y contraargumentos allí discutidos sobre la constitucionalidad de prohibir la tenencia de estupefacientes.

¿Está más dispuesto el doctor Petracchi a cuestionar decisiones del legislador que afectan la autonomía individual que el voto de la mayoría? ¿Sostiene que la autonomía individual frente a la sociedad es un derecho fundamental en sí? Aunque admite que la sociedad puede limitar la autonomía individual para proteger los intereses de terceros, ¿siente que los tribunales están habilitados para realizar un balance de todos los factores en juego y analizar si la decisión legislativa ha sido eficaz? ¿Comienza el doctor Petracchi con una presunción a favor de la constitucionalidad de las decisiones del Poder Legislativo? ¿Está usted de acuerdo con Nino y Petracchi en que la mayoría de los derechos individuales son solamente instrumentos para conseguir el fin de la autonomía personal del art. 19? Aunque el concepto de autonomía individual enraizado en el art. 19 sea fundamental dentro de nuestro sistema constitucional y muchos de los otros derechos sean solamente instrumentales para conseguir los fines del primero, ¿implica esto que cualquier ley del Congreso que afecta la autonomía individual deba ser analizada por la Corte sin ninguna presunción a favor de su constitucionalidad?

¿Cuáles son los factores analizados por Petracchi para determinar si el art. 6º de la ley 20.771 es eficaz? ¿Le parece probable que el legislador haya tomado en cuenta estas consideraciones al dictar la norma? ¿Le convence la justificación del doctor Petracchi en el consid. 5º de que "nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular" y que, como quizá puede ser inferido del consid. 23, se justifica que la Corte tome un papel más activo frente al legislador? ¿Le parece correcto que el doctor Petracchi analice si el legislador tenía la posibilidad de cumplir con el fin de combatir el uso de drogas con otros medios?

6. – ¿Lo convencen los argumentos del doctor Petracchi acerca de que la prohibición de la tenencia de estupefacientes es una medida "inútil"? ¿Le parece que es una medida irrelevante en la campaña para combatir el narcotráfico? ¿Qué opina del razonamiento del doctor Petracchi de que no podemos utilizar la penalización de la tenencia como medida de presión para descubrir a los abastecedores de drogas? Al prohibir los juegos de azar, el decr. ley 6618/57, art. 3º, indica que "se considerarán infractores a la presente ley... las personas que participen del juego o que la autoridad policial sorprendiera en el interior de una casa de juego". ¿Por qué el tenedor de estupefacientes es una "víctima", mas no el jugador en un casino ilegal?

7. – La disidencia dice que el derecho de autolesionarse no es un derecho *fundamental*. La no existencia de un derecho fundamental en juego ¿implica que la disidencia tenía que adoptar una actitud diferente hacia el legislador? ¿Encuentra un

vínculo entre la intensidad de análisis de la decisión del legislador utilizado por la disidencia en este caso, y los fallos que leímos en el primer capítulo cuando la libertad económica estaba en juego? ¿Encuentra algún paralelo con el caso "Bowers v. Hardwick" (p. 214). ¿En qué situaciones le parece que la disidencia en "Bowers v. Hardwick" estaría dispuesta a utilizar un análisis tan intensivo como el del doctor Petracchi? ¿Cuál le parece más prudente? Aunque él argumenta que el derecho a elegir el propio plan de vida es la raíz de todos los derechos, ¿cree usted que el derecho de utilizar estupefacientes es un derecho fundamental? ¿Cuál es el derecho en juego aquí, el derecho de usar drogas o el derecho de elegir el propio plan de vida? ¿Está de acuerdo con el voto de la disidencia respecto de que la mayoría y el doctor Petracchi, al ampliar demasiado lo que debe ser considerado un derecho "fundamental", están invadiendo el campo del legislador? ¿Es la prudencia de la disidencia una excusa para "aguar" el art. 19?

8. – En su opinión, ¿cuál es el proceso más adecuado para determinar cuándo están en juego derechos fundamentales? ¿Debe la Corte restringirse a derechos tradicionales que surgen directamente del texto de la Constitución, ampliar el concepto como el doctor Petracchi para incluir todo lo que afecta la autonomía individual (con la excepción de los derechos económicos), o buscar un terreno intermedio dando la calificación de "fundamental" a derechos sobre cuya importancia existe consenso social, aunque no aparezcan en forma explícita en la Constitución? Tenga presente las implicancias de su selección para las facultades relativas del Poder Legislativo y el Poder Judicial (ver "Control de constitucionalidad: el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia", en nuestro libro *Constitución y poder político*, p. 1089).

9. – ¿Cuáles son las implicancias de "Bazterrica" para otras situaciones donde la calificación de la actividad como delito tiene un alto contenido moral y subjetivo? ¿Podemos utilizar el razonamiento del voto de la mayoría o del doctor Petracchi para declarar inconstitucionales las normas que prohíban: *a*) la prostitución; *b*) los juegos de azar; *c*) la pornografía o *d*) la tenencia de armas de guerra? ¿Cuáles de las situaciones anteriores presentan el mejor argumento para una protección constitucional con base en la lógica del caso "Bazterrica"? ¿Por qué?

Ha habido varias acusaciones en los últimos años de que algunos miembros de la policía, ejerciendo sus funciones indebidamente, han puesto drogas en las personas de individuos que sospechaban que eran autores de otros crímenes, como una forma de presión. Si se llegara a probar que esto es un problema común, ¿le parece que debería ser una consideración a tomar en cuenta por la Corte al analizar la constitucionalidad de la ley 20.771?

10. – En el caso "G., A. M.", del 1 de noviembre de 1988, *ED*, 132-599, el acusado fue condenado por el delito de tenencia de estupefacientes, ley 20.771, art. 6º, pero a diferencia de su decisión en el caso "Bazterrica", la Corte sostuvo: "Que... el tribunal ha resuelto declarar la inconstitucionalidad de la norma citada en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros (causa B-85.XX, 'Bazterrica, Gustavo M. s/tenencia de estupefacientes', de agosto 29 de 1986), por lo que la doctrina enunciada no resulta aplicable al caso. Ello es así, por cuanto el condenado fue sorprendido en la tenencia de marihuana, en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo con tres acompañantes, a quienes no sólo había invitado a consumir la droga, sino que además había logrado que al menos uno de ellos aceptara el convite, situación que pudo ser observada por personal policial, lo que motivó el procedimiento. En consecuencia, el hecho imputado no puede ser considerado como restringido a la esfera de la intimidad preservada por el art. 19 de la Const. Nacional". Este voto fue firmado por los ministros Belluscio, Petracchi y Bacqué.

¿Qué constituye el daño a terceros en este caso? ¿Lo convence? ¿Le sorprende que este voto fue firmado tanto por el doctor Petracchi como por los doctores Belluscio y Bacqué? ¿Por qué? ¿Cuál de los votos en "Bazterrica" hubiera esperado usted estaría en mayor desacuerdo con este caso? ¿Qué opina acerca de lo dicho por

Escaneado con CamScanner

el doctor Petracchi en el consid. 11 de su voto, cuando sostuvo que "las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho de que el Estado decida prohibirlas... Tampoco dejan de ser privadas las acciones de alguien por el hecho constituyente de que haya otras personas realizando la misma conducta?

11. – La ley 23.737, modifica sustancialmente la ley 20.771 para proveer que la pena por tenencia de estupefacientes será de un mes a dos años de prisión cuando por su escasa cantidad y otras circunstancias sugiere que la tenencia es para uso personal. Además, ofrece a la persona, física o psíquicamente adicta, la posibilidad de participar en un programa de rehabilitación, y al principiante en el uso de drogas asistir, por única vez, a un programa educativo. En caso de completar el programa en forma satisfactoria es suspendida la pena y el juez tendrá la facultad de suprimir la anotación del condenado en el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. En caso de no completar el programa, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia.

¿Le parece que la ley 23.737 es superior a la 20.771? ¿Satisface las reglas establecidas en "Bazterrica"? ¿Encuentra usted problemas constitucionales con la manera en que la ley "presiona" al condenado a participar en un programa de rehabilitación o educación? Supongamos que usted es un fiscal, y el abogado defensor de alguien acusado de tenencia de drogas insiste que la nueva ley es inconstitucional. ¿Tiene el fiscal nuevos argumentos constitucionales que no existían bajo la ley 20.771? ¿Son decisivas?

12. – ¿Estableció la Corte en "Bazterrica" alguna regla constitucional facil de invocar en casos futuros? Supongamos que la Corte hubiera dicho lo siguiente: "En caso de existir un peligro abstracto el art. 19 de la Const. Nacional sólo permite al Congreso prohibir una conducta cuando está demostrado que no existe ningún otro medio que pueda utilizar para evitar el peligro". ¿Explica esta regla lo que hizo la Corte en "Bazterrica"? ¿Está implicita en el voto del doctor Petracchi?

13. – El fallo de la Corte en "Bazterrica" resultó en mucha polémica dentro del Poder Judicial y varias cámaras insistieron en aplicar el voto de la disidencia y no el de la mayoría, véase por ej. "Mirambell", CFed. San Martín, 8/9/90, E.D. 12 de octubre de 1990, J.A. 14 de noviembre de 1990; "Q., I.J.", CNCrim. y Correc. Fed., sala III, 1/9/90, E.D. 10 de octubre de 1990. Como se verá en el fallo que sigue, el caso "Bazterrica" tampoco duró mucho tiempo como precedente.

* * *

Escaneado con CamScanner